

DOCTRINA

Constituição - Forma e Conteúdo (*)

RENATO SÁ MOTTA - Advogado em M. Gerais

1. Introdução ao tema — Dificuldade de método — Tentativa de compreensão.
2. O elemento formal na constituição — Posição de Kelsen — Objeções e insuficiência do aspecto formal como definição da constituição — Forma como função.
3. Conteúdo ou matéria da constituição — Marcos históricos — Constituição e direito constitucional — Modelos heterodoxos — Conceito de constituição.

Pretendemos examinar, sumariamente, algumas questões relacionadas à Constituição, em seu aspecto formal, e quanto à matéria específica dos estatutos constitucionais, como denominador comum, que possa apresentar ao estudo dados teóricos constantes.

A dificuldade inicial, presente na totalidade das ciências sociais, e iminente à natureza desse tipo de investigações, reside na conceituação do objeto de estudo, e sua limitação. Não se encontra, com efeito, o estudioso, nesse terreno, a exemplo do cultor das ciências naturais, como elemento neutro, face ao objeto, dada sua íntima participação na contextura do fato estudado. Não é imune ao objeto. É, muito especialmente no que tange aos estudos ético-políticos, a sociologia do conhecimento tem posto em evidência a verdade que «as normas ético-políticas não só não podem desviar-se da contemplação direta dos fatos — mas, ao contrário, exercem uma influência conformadora sobre o próprio modo de percebê-los (LOUIS WIRTH, — pref. «Ideologia Y Utopia» de KARL MANNHEIM, fls. XVII).

O cuidado inicial do investigador será sempre, nesse delicado tipo de investigação, uma prévia tentativa de des-subjetivação, quanto aos próprios valores, interesses e instrumentos culturais, nem sempre factível, de vez que a teoria jurídica, ou política, às vezes mesmo sociológica, dificilmente se furtará à tentação de justificar posições, teorizar em função do desejo e fundamentar, consciente ou inconscientemente, o interesse.

Por outro lado, o isolamento metódico do objeto redundará, muita vez, no empobrecimento do próprio estudo, compreensivamente, à vista da complexidade dos elementos componentes do fato jurídico e social, sua interação, bem como a totalidade existencial do objeto investigado. A escolha do método importará, algumas vezes, na desfiguração do complexo estudado, pelo afastamento sistemático de alguns de seus elementos.

(*) Trabalho apresentado na 1.ª Série da Cadeira de Direito Público do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da U. M. G., sob a regência do Professor Celso Agrícola Barbi.

Há ainda, como dificuldade comum às ciências sociais, a extensa variedade de conceituação, a confusão terminológica, complicando o acesso, a abordagem do tema. O vocábulo jurídico ou político, valorado pela impregnação interessada da doutrina, precisa ser re-definido a cada passo, para que se encontre o plano comum da indagação científica. Referindo-se à Teoria Geral do Estado, acentua Kelsen a paradoxal observação de MAUTNER de que «el nombre substantivo de una ciencia es siempre una palabra a la que previamente se ha extraído todo contenido propio; un substantivo resulta tanto más aprovechable cuanto más vacío es; de una calabaza puede hacerse una botella vaciándola de su contenido natural» (H. Kelsen, «Teoría General del Estado, Ed. Labor, fls. 3).

No estudo do fato jurídico, especialmente no campo mais polêmico do direito público, onde se ferem os interesses sociais mais fundamentais, julgamos não ser possível a captação plena do objeto do estudo com a exclusão dos dados da observação política, a que interessa o fato do poder o «rendimento» da lei, das instituições jurídicas dos regimes. Ao passo que, na lição de BENES, «o direito tende a fixar um estado de fato, não um processo de evolução, e deve tomar a evolução a um dado momento e estabilizá-la em certa época», cristalizando-a na norma jurídica-positiva, é o dinamismo da política, matriz e corretora da instituição jurídica, que ilumina em cada momento o sentido renovado da instituição, permitindo uma visualização mais clara e nítida do direito em formação, como processo sócio-vital.

Com as naturais carências de instrumento, que se buscará suprir com a invocação dos mestres, e as que derivam da ligeireza desse trabalho, é nossa intenção abordar o tema, na tentativa de uma aproximação mais total do fato, na riqueza de sua pluri-dimensão.

— II —

É comum destacar, na Constituição, a duplicidade de seus aspectos — formal e material — enfocando alguns autores, como aspecto distinto e quase exclusivo da Constituição o seu elemento formal.

Enquanto BURDEAU, ao lado do reconhecimento das consequências práticas do formal, entende-o como, simplesmente, «o processo requerido para o estabelecimento ou modificação da constituição» («Traité de Science Politique, vol. III, fls. 22) já CARRE DE MALBERG postula que, quanto ao conteúdo, não se caracteriza a lei, nem a constitucional, seja ela pela natureza intrínseca de suas prescrições, ou por sua matéria, mas exclusivamente pela força que lhe é própria, imediata ou virtual, decorrente da forma de que se reveste. Perfilhando o mesmo ponto de vista, ensina JELINEK que «la nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes, desde el punto de vista formal». Em aquellos Estados en que las Constituciones, ni por su fijación, ni por su modificación, se distinguen de manera especial, carecen estas de toda la significación práctica en la vida del Estado» («Teoría General del Estado», Ed. Albatros, fls. 436).

No estudo da Constituição, em sua concepção formal, não se pode passar sem menção à posição de Kelsen, ainda quando ultrapassada pela doutrina dada a singularidade em que coloca os termos dos problemas.

Em sua «Teoria Geral do Estado», trabalho monumental de elaboração lógica, impõe-se Kelsen a obrigação da pureza metodológica absoluta, única forma de «perceber os objetos puramente, e tratá-los segundo a sua natureza», segundo o preceito de GOETHE, que encima e inspira o seu alentado tratado.

Só interessa, ensina Kelsen, no estudo da teoria geral do Estado e do Direito, «a significação objetiva do ato jurídico, não o seu sentido subjetivo», partindo-se de um princípio fundamental, a idéia do Estado como ordem coativa da conduta humana. Discordando dos que, com JELINEK, pretendam alcançar a essência do Estado pela dualidade de métodos, teoria sociológica do Estado (orientada pelas ciências naturais) e a teoria jurídica do direito (orientada no sentido normativo), objeta que a identidade do objeto do conhecimento não estará assegurada senão pela identidade do processo cognoscitivo. O campo do estudo do Estado e do Direito se limita, assim — «ao conhecimento de um sistema especial de normas, que aspira a ser compreendido em suas leis íntimas, sem referência a nenhum outro sistema; posto que surge com a pretensão de valer como um sistema supremo, autárquico, por assim dizer excludente», inadmitindo qualquer conflito ou interpenetração de outros sistemas de normas, como a moral ou a religião. Exclue metodicamente a Política, enquanto ciência de «conhecimentos expressos em juízos», compartilhando, nesse prisma, o domínio da Ética, ou como técnica, arte, enquanto referida «como tal, à legalidade causal de conexão de meios e fins». O poder fica, desse modo, por injunção da pureza metódica, afastado das cogitações do jurista, como problema do fato, do ser, somente explicável causalmente e por não haver nenhuma ponte de comunicação entre o ser e o dever-ser, em virtude do postulado lógico-gnoseológico de que «uma norma só pode proceder de outra norma; e o direito só pode basear-se no direito, não permite que o fundamento do Estado seja o poder, um fato real eficiente, um efeito de certa causa».

É identificado, dessa maneira, o Estado com o Direito, como um conjunto de normas sobre a legislação. Dentro desse sistema — inexpugnável como construção lógica — a constituição é a norma fundamental hipotética em que se baseia a ordem jurídica em seu auto-movimento. Essa norma fundamental hipotética, a que faz remissão toda a constituição positiva, vem a ser a constituição no sentido lógico-jurídico, de que se origina a constituição no sentido jurídico-positivo, como «norma ou conjunto de normas que regulam a criação de outras», e é, por assim dizer, «o primeiro elo positivo do direito, um quadro que receberá, por meio de leis criadas conforme a constituição, um conteúdo material, ou seja, mais concreto».

A sua teoria, denomina o autor de pirâmide jurídica, e segundo ela, a criação do direito se explica «em uma série de fases, partindo da norma hipotética fundamental aos atos jurídicos individuais, através da constituição no sentido jurídico-positivo, as leis e os regulamentos, caracterizando-se por um fundamental paralelismo entre o fato e a norma. As normas de grau superior limitam — como objeto de seu conteúdo —, um fato que constitui a criação de direito para o grau inferior. Para que o processo jurídico avance, precisa realizar, realmente, o fato determinado pela norma superior, e assim, o que frente ao grau superior é um fato, é uma norma com respeito ao grau inferior».

O sistema fechado da norma pura se limita, no grau superior, à norma hipotética fundamental, não positiva, em grau inferior ao último ato de execução da norma individualizada. Em cada grau de criação do direito se representa a remissão da norma à realidade, do dever-ser ao ser, como conceito de positividade.

Suprimindo, por imposição da pureza metódica, a necessidade de justificação, a participação do ser do estudo do direito, o sistema kelseniano, em que pese a extraordinária agudeza lógica da análise do mestre e a perfeição das linhas estruturais do sistema, se reduzirá, provavelmente, a um brilhante

estudo descritivo do processo jurídico, esvaziado de seus conteúdos ativos e dinâmicos.

Como forma, a constituição será a técnica de organização do funcionamento e das relações do poder estatal, sua estruturação e suas limitações — um sistema de normas regulador da criação de outras normas talvez. Mas a técnica não pode explicar-se «per se», sem atinência aos objetivos, aos fins que pretende atingir, a que se deve subordinar. Forma é meio, adequação, instrumentação. Em crítica fundamentada ao sistema de Kelsen, nota CARL SCHMITT («Teoría de la Constitución», Ed. Rev. Der. Privado, fls. 10) que ele «presenta también el Estado como un sistema y una unidad de normas jurídicas, naturalmente sin el menor intento de esclarecer el principio objetivo y lógico de esa unidad y este «sistema», y sin explicar como ocurre y por que necesidad sucede que las muchas prescripciones legales positivas de un Estado y las distintas normas legal-constitucionales formen un tal «sistema» o una «unidad». El ser o devenir político de la unidad y ordenación estatal se cambia en funcionamiento, el contraste de ser y deber-ser se confunde constantemente con el contraste del ser substancial y el funcionamiento legal», acrescentando, a nosso ver razoavelmente, que «sólo de preceptos sistematicos y justos en si mismo por virtud de su razonabilidad o justicia, sin consideración a la validez «positiva» de consecuencias normativas, se puede derivar una unidad, o ordenación normativa».

Ao mesmo tempo que se elimina, por necessidade metódica, o plano da causalidade como inapreensível pelo Método lógico-jurídico, repontá ele a todo momento, como fundo do sistema, a sublinhar a insuficiência do método escolhido. O problema da eficácia da norma — eficácia fato em oposição à validade — norma —, ponto básico da construção kelseniana, já traduz uma concessão ao plano da realidade, bem como o recurso indispensável à norma fundamental hipotética, cúspide da pirâmide, matriz da constituição, que constituem fatos da vida e do ser, metodicamente excluídos, e no entanto implicitamente subjacentes ao longo de todo o processo de formação e criação do direito. Assim o problema da justificação, do ser, através da norma fundamental hipotética, informa toda a estrutura formal da constituição, e dele deriva a validade do sistema.

Em uma de suas últimas obras («Society and Nature», 1943), em que se propõe demonstrar a influência da idéia de retribuição, como essência da justiça, na ciência e na religião, respondendo uma vez mais a seus objetos, Kelsen volta a sustentar: «Obediente al principio austero de la pureza del metodo, me vi obligado a separar en esta obra (referindo-se aos seus trabalhos de jurista) el derecho de la justicia en cuanto sistema de normas diferentes, a saber: morales, y el análisis estructural del derecho de una investigación sociológica de las ideas que determinan efectivamente o, desde un punto de vista moral, debieran determinar, la formación de las normas que llamamos derecho. Ese rigor metodológico ha expuesto mi obra a la objeción superficial pero muy popular de formalismo y logicismo. La justicia — tal dicen mis criticos —, no puede ser separada del derecho, porque ambos son, o debieran ser, identicos; y ya que una norma debe ser el contenido de la idea o voluntad de un ser viviente, el «deber ser» de la norma y el «ser» de su existencia en la psique de los hombres son, por así decirlo, sólo dos aspectos de una misma cosa. Dudo de que este lenguaje figurado sea admisible. Implica certamente la inclinación a borrar la diferencia entre el «deber ser» y el «ser» y esto conduce a la confusión de concepciones incompatibles. Pero incluso si se la acepta, esta doctrina «de los dos aspectos» confirma, más que refuta, la tendencia a separar la ciencia, normativa, del derecho, esto es, el análisis, imenente, de un sistema de normas, de

una sociologia de la justicia, esto es, de la investigación de la función social de ciertas ideas que existen en la mente de los hombres y que operan como causas de su conducta».

Parece-nos, de qualquer maneira, nebuloso que, fazendo derivar da idéia de retribuição —, que vem a ser a essência da idéia de justiça, todas as formas lógicas do pensamento religioso e inclusive científico, na lei da causalidade, se venha a excluí-la nos estudos do direito, onde deveria encontrar, a idéia da retribuição, suas repercussões mais peculiares.

O problema da forma, na Constituição, não tem, em si, importância fundamental, senão quando relacionado a outros sentidos da instituição.

Forma é, também aqui, meramente expressão de determinados preceitos, manifestação de uma realidade mais substancial, e, como todo sinal, terá que caracterizar-se por sua infravalência em relação à coisa significada. É o que ensina BURDEAU, quando diz — «Rationnellement, ce concept formel ne devrait présenter qu'une importance secondaire, puisque, en pure logique, les particularités de leurs procédures d'émission devraient simplement sanctionner la valeur que les règles constitutionnelles tiennent de leur contenu» — e, da mesma maneira, SCHMITT: «La constitution es por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquier ley particular. El contenido de la Constitución no era cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de duración a causa de su significación fundamental».

A prevalência da forma constitucional existe enquanto e por razão de sua geração. No processo do estabelecimento do direito positivo é o poder constituinte — fonte, que, como «magnitude do Ser como origem do «Dever-ser», produz a norma formal, desta derivando, condicionados por ela, como expressão do poder constituinte — fundamental — os poderes constituídos, os governantes, que de sua forma, extraem sua competência e autoridade.

«En effet, la constitution provoque l'existence, sur un plan abstrait, indépendant du plan naturel, d'un ordonnancement juridique d'où tous les organes qui décident dans l'Etat tirent leur compétence. L'autorité n'est plus un attribut de la personne, elle est inhérent à la forme en laquelle l'organe a été investi, à la procédure selon laquelle il statue. Et c'est parce qu'elle est destructrice du droit subjectif à l'exercice du commandement que la forme peut se réclamer de sa vertu essentielle, qui est d'être inseparable d'une limitation du Pouvoir» (BURDEAU, obr. cit., vol. III, fls. 98).

A super-valorização lógica ou formalista aparece, também aqui, entendemos, com o sentido de assegurar um «domínio de menor arbitrio e maior segurança», e se explica, historicamente, pela importância atribuída à essencialidade de normas havidas como fundamentais, expressas pelo pensamento burguês liberal como valores vitais, necessariamente intangíveis, aureolados de absolutos. Valores hierarquicamente soberanos. O conceito formal da constituição é polêmico, de combate, e erige-se como um sistema oposto a outro princípio, da monarquia absoluta, do poder pessoal do soberano. A norma é instalada em lugar do poder, para contê-lo, determiná-lo discipliná-lo. Sua imutabilidade absoluta é um imperativo de sua preservação.

«Toutefois, il y a lieu de signaler qu'une certaine manière de comprendre cette portée de la forme constitutionnelle risque d'altérer la notion même de constitution. En effet, les formes dont il s'agit ne doivent pas leur valeur décisive à l'arbitraire de leur établissement, mais à ce qu'elles assurent l'intervention d'une certaine autorité. En d'autres termes, la forme n'est déterminante que parce qu'à travers elle ce sont les compétences du souverain qui sont sauvegardées. C'est là une observation que l'on a trop

tendance a negliger, lorsque l'on fait valoir le criterium formel de la loi constitutionnelle. Formel, il l'est sans doute, mais dans la mesure où la forme permet de traduire, sur le plan juridique, le sens politique de la constitution» (BURDEAU, obr. cit., loc. cit.).

Formalmente, pois, vale a Constituição PORQUE e ENQUANTO expressa e traduz uma realidade, uma ideia ou vontade, superior ao seu formalismo.

É de toda propriedade a lição de CARL SCHMITT: — «Si realmente consistiera en esto el definitivo concepto de Constitución (em sua força legal aumentada, segundo JELINEK), la prescripción sobre reforma constitucional — el art. 76, para la Constitución de Weimar — sería la medula esencial y el único contenido de la Constitución. Toda la Constitución sería tan sólo un dispositivo, y, en realidad, sólo una ley en blanco que en cada caso puede llenarse según las prescripciones sobre reforma constitucional».

E, continuando: «Por el procedimiento de reforma no puede definirse la esencia del objeto reformado. Una reforma constitucional hecha constitucionalmente depende, desde los puntos de vista lógicos y cronológicos, de la Constitución. Las prescripciones de la Constitución de Weimar son, aun sin atender al art. 76, leyes constitucionales en su sentido formal; no reciben su fuerza de eventual reformabilidad, sino que las prescripciones sobre la reforma, como las otras prescripciones legal-constitucionales, deben su fuerza a la Constitución. Si se quiere obtener el concepto formal de Constitución de los requisitos para la reforma de una prescripción legal-constitucional, se confunde el poder constituyente y el pueblo alemán con las facultades que el Reichstag, el Reichrat o al cuerpo electoral han recibido en el art. 76. La competencia para reformar las leyes constitucionales, es una competencia incluida en el marco de la Constitución, fundada en la misma, y no sobrepasándola. No envuelve la facultad de dar una nueva Constitución, y mediante una referencia a esta facultad no puede alcanzarse ningún concepto utilizable de Constitución, sea «formal» o otro. Se necesita, pues, otra definición de Constitución, distinta de esta «formal» (Obr. cit., fls. 23).

Se não nos parece prevalecente o conceito formal de Constituição — senão secundário, adjetivo, procuraremos, do exame da matéria e conteúdo da Constituição, destacar outros elementos, de maior significação, que permitam uma análise mais inteligível da instituição, — que o conceito puramente formal, como superestrutura, para nos valermos da sugestiva terminologia marxista, não pode subministrar-nos senão no estreito setor da sistemática jurídico-positiva.

— III —

a. Trata-se de determinar se há um conteúdo ou matéria especificamente constitucional, e em que consistirá.

Haverá, a rigor, um elemento comum e um conteúdo constante, que possam dar, materialmente, a medida das constituições em todos os tempos, e que permitam — «dégager de ses figures contingentes une notion de la constitution dont les éléments soient utilisables pour l'explication de chaque ordre constitutionnel concret?» (BURDEAU, obr. cit., vol. cit., 9). Ou será essa matéria constitucional elemento fático, diversificável ao infinito, e incapaz, em consequência, de ser tratado pelos critérios das ciências jurídicas e políticas?

O exame das constituições revela, efetivamente, ao lado da permanência e certa identidade de normas declaratórias de direitos e reguladoras da competência dos poderes e relações entre estes, definidoras de forma de governo e de Estado, a presença de disposições de variadíssimo teor e conteúdo, es-

tranhas à sistemática da codificação constitucional, ali incertas, ou enxertadas, por razões e motivações as mais diversas. Regras bastardas, legítimas pelo órgão e pela forma, buscando a perenidade sob a égide da forma constitucional. Ou que retratam peculiaridades de comunidade nacional determinada, situações políticas fugazes, influências de interesses econômicos, religiosos, culturais. — momentâneos, alçadas à sacralidade das normas jurídicas supremas, quando constituem em outros sistemas positivos, matéria de direito comum, quando não de regulamentação administrativa.

Resta saber se será possível destacar o que seja contingente do que seria permanente, como conteúdo das constituições, como dado teórico para estudo de todas as constituições.

Procuraremos, nessa tentativa de configurar o conteúdo da constituição, e dentro da estreiteza desse trabalho, indicar, sucintamente, «à vol d'oiseau», mais como referência de contrastes que como fundamentação de ilações a que chegemos, alguns marcos da instituição constitucional em sua formação, procurando captar, com a lição de PONTES DE MIRANDA, dados mais claros «do direito que já foi e não é mais, que é como um cadáver que se disseca, mais fácil de definir que os problemas atuais, ao alcance de nossas mãos, mas demasiado ricos de presentes».

Obtido, neste escôpo, uma brevíssima noção histórica da Constituição aludiremos, por contraste, aos modelos havidos por heterodoxos a procurar atingir com esses dados o fato constante que deduzirá o elemento material, ou o conteúdo da Constituição.

É evidente que as linhas demasiado esquemáticas da análise, ou do retrospecto, não permitem uma fundamentação extensa das deduções, e que escapem à observação componentes de importância à compreensão mais plena da instituição.

b. Constituição é conceito moderno, nascido com o estado nacional em sua conformação atual, liberal, burguês, democrático. Os novos contornos da palavra são, talvez, situáveis no tempo com certa exatidão não o tortuoso processo de sua elaboração histórica.

Costuma-se tomar por marco inicial das constituições modernas a Magna Carta da Inglaterra, firmada em 1215 entre João sem Terra e seus barões. Entre outros, autores como BOUTMY, BREEN e especialmente WILLIAM STUBBS, na sua compacta «História Constitucional da Inglaterra», na preocupação, panegírica, de revelar a Inglaterra, de há setecentos anos, mensageira e paladina da liberdade, ou das liberdades públicas, descobrem já a obra comum de toda a nação inglesa, unida contra o rei, e formulando soberanamente um autêntico pacto nacional, padrão das constituições oitocentistas.

É vêzo comum aos historiadores, esse de adequar o desenvolvimento histórico das ideias, simplificando a genealogia do pensamento político, à demonstração das teses finais que se propõem, imprimindo às incertezas da história uma cristalinidade lógica que a realidade não oferece. A escola histórica, com o mito da «alma nacional» e da vocação histórica dos povos, é fértil no engendramento dessas felizes soluções, que culminam em paralisar o processo histórico na consequência do momento presente. Tais interpretações, eminentemente emocionais, hão de ser recebidas com as indispensáveis reservas.

O próprio nome de «Magna Carta», observa SCHMITT, é bem posterior ao documento, primitivamente denominado «Carta Baronorum», crisma feito para distingui-la da «Parva Carta», de 1217, relativa a direitos de caça.

Em notas à edição francesa da obra de STUBBS, CH. PETITDUTALLIS põe em relevo o caráter por excelência de direito feudal da Magna Carta,

documento «essentiellement conservateur ou même réactionnaire. Il a surtout pour caractère de restaurer l'ancien droit féodal, violé par Jean sans Terre» e «marque une réaction ecclésiastique et nobiliaire contre les progrès de la royauté» (F. POLLOCK e M. MAITLAND, cit. in «Histoire Constitutionnelle de l'Angleterre» (W. STUBBS, notas, fls. 881, 1.º vol.).

«La Grande Charte, symbole de ce prétendu esprit politique de la race anglo-saxonne, n'est devenue en réalité «palladium des libertés anglaises» qu'au XVII siècle, pour les besoins de l'opposition anti-monarchiste, et pour cela on l'a fortement déformé et travestie. Au XVI siècle, il n'est pour ainsi dire pas question d'elle, on l'avait oublié: SHAKESPEARE n'en dit pas un mot dans son «Roi Jean» (obr. cit. fls. 882).

Realmente, nem as condições econômicas da época, nem os termos em que se colocava a equação do poder medieval autorizam a supor, pelos autores da Magna Carta, uma superação ideológica da estrutura daquelas relações políticas, sendo mais lógico aceitar-se o ponto de vista referido, do PETIT DUTAILLIS, de que «les auteurs de la Grande Charte n'avaient point de théories ni d'idées générales. Ils étaient guidés par une foule de petits motifs quand ils imposèrent à Jean sans Terre cet act de garantie».

Usada, posteriormente, na luta do Parlamento inglês, contra a realza, como documento político de combate, a Magna Carta parece, em verdade, haver-se constituído em um dos tantos «pactum subjectionis», convenções bi-laterais entre baronia e soberano, em que se reafirmava a lealdade, com a contra-prestação de certas limitações ao poder real, assecuração de privilégios, concessão de isenções e vantagens de ordem privatista, individual, e estamentos medievais — corporações, aristocracia, clero, nobreza das cidades.

São característicos da idade média esses tipos de pactos, ou contratos, de caráter marcadamente privado, de direito comum. Não há, ainda, amadurecida, a idéia de povo, concebido como unidade política, em outra dimensão de sociedade, como unidade humana. Ao contrário, o poder se fragmenta pelas diversas formações e unidades econômicas e políticas, — clero, nobreza, cidades, corporações — em certo sentido soberanas, cujas relações se acomodam na pluralização de convenções independentes, sem remissão a um elemento ordenador e coletivo superior, após a dissolução do Sacro Império Romano Germânico.

O processo integrador das novas sociedades políticas é feito pela monarquia — pelo monarca absoluto, marcando as divisas de seu reino, geograficamente, em contraste com outros monarcas, e, titular do poder soberano pela graça de Deus, estabelecendo, soberanamente, através dos «establimenta», os limites de seu poder absoluto sobre os súditos. Em convenções concretas, particulares, cuja medida é a conveniência momentânea do poder pessoal, revogáveis ao arbitrio do monarca, quando forte, retomadas pelas exigências dos vassallos, quando possível. Sempre, entretanto, na precariedade de atos descontínuos, individuais, com a validade interrompida pela sucessão, revivida pela confirmação.

Não fora criada, ainda, a consciência do fato povo, como unidade de parcelas individuais atômicas equivalentes, conceito que será dado pelo direito natural, com a teoria da pessoa, e pelos teóricos do contrato social. Nem como grandeza de valor político fundamental. A fragmentação corporativa repugnava essa identificação. O direito público, embrionário — porque até então compreendido como conjunto de direitos e deveres do monarca como soberano — já avançava, tateante, a esboçar a teorização das limitações do direito do soberano, fundadas empiricamente na tradição, no direito comum, na regra «pacta sunt servanda», teorização logicamente inaca-

bada e indefensável, ante a premissa maior da soberania do príncipe «legibus solutus», fonte do direito, por vontade de Deus.

De qualquer maneira, o processo iniciado com a monarquia absoluta, arazando as ordens jurídicas parciais corporativas e feudais, gerará o conceito novo de Estado «que designa con singular acierto la particularidad de esta moderna formación política, porque ofrece la conexión verbal y mental con la palabra status. Pues el status amplio de la unidad política relativiza y absorbe todas las otras relaciones estatuales, en particular, estamentos e Iglesias. El Estado, esto es, el STATUS POLITICO, se convierte así en el STATUS en sentido absoluto» (CARL SCHMITT, obr. cit., fls. 56).

Pouco importa a identificação do soberano com o Estado. Esta virá a ser, no processo, uma fase do desenvolvimento lógico da idéia política, que conduzirá ao estado constitucional. Com a unidade política nacional e a idéia de um poder soberano, incontestável, fundamental, estão compostos os elementos lógicos e de fato que servirão à construção do estado constitucional. A teoria do contrato social, deslocando o titular do poder soberano, completará os contornos e fará o acabamento ideal do estado liberal, modelo clássico das constituições modernas.

«Ce n'est qu'à partir du moment où la souveraineté populaire, avec LOCKE, GROTIUS et surtout ROUSSEAU, commence à prendre une figure précise, parce qu'elle apparaît comme le corollaire des droits individuelles, que l'intervention des citoyens au pact est interprétée comme une délégation véritable du pouvoir souverain. Mais à ce moment, précisément, l'idée du contrat du gouvernement s'efface pour être absorbée dans celle du contrat social. Il ne s'agit plus pour les gouvernés de marchander les conditions de leur obéissance, mais de fonder le Pouvoir lui-même. Alors la carrière du pactum subjectionis est achevée: mettant en présence deux puissances sensiblement équivalentes, il n'a pas pu survivre au prodigieux accroissement de force que le peuple tenait de la souveraineté qui lui était attribué. Et c'est ce qui nous autorise à affirmer que la conception d'une souveraineté populaire, aus sens moderne du mot est incompatible avec la notion du pactum subjectionis, car elle rompt l'équilibre entre les contractants. Le souverain ne discut pas avec les gouvernantes, il les crée» (BOURDEAU, obr. cit., vol. III).

No campo das idéias políticas — acompanhamos aqui a excelente exposição de DEL VECCHIO (Los derechos del hombre y el contrato social — Manuales Reus, Madrid) — a projeção da pessoa humana é dada por primeira vez pelo cristianismo. Em Grécia e Roma cogita-se do cidadão, integrado à «urbs», condicionado pelo interesse da comunidade.

Foi o cristianismo que primeiramente — ainda quando como filosofia do ressentimento ou pensamento político dos escravizados, como querem alguns — sublimou a igualdade como condição humana, proclamando a fundamental dignidade da pessoa humana, por sua origem divina.

Entretanto, como adverte agudamente o jurista italiano, a concepção cristã não desenvolve, politicamente, em seus alcores, todos os corolários de sua tese.

«El valor del individuo se apoya, más que en su naturaleza actual, en una expectativa o aspiración ultranatural de que el mismo individuo es capaz; el asiento, por decirlo así, de su dignidad ético-jurídica, no está en él propiamente, sino por encima de él. Mientras esta relación entre el individuo y el principio divino fué entendida en su primitiva forma, según la cual resolvíase en un vínculo puramente interior y directo entre el hombre y la divinidad que se halla sobre él, esto puedo equivaler, sobre todo en sus reflejos jurídicos, a un título ó razón de autonomía. Pero desde el momento en

que fué formándose un poder social, à manera de tercer término de la relación, é imponiéndose-se como necessária su mediación para aproximar lo humano á lo sobrehumano, aquella misma idea, que en sus origenes habia significado la redención y elevación del individuo, se convirtió por el contrario, en un instrumento de incondicional sumisión» (DEL VECCHIO, obr. cit., fls. 23). — «La dependencia puramente espiritual é intima entre el hombre y una vox divina que se manifiesta en su propia conciencia, se vuelve objetiva y se hace exterior, ó lo que es igual, entre hombres dominadores y hombres dominados, entre los ministros y los subditos de la divinidad. Con la complicación de las jerarquias, que no sólo rodeaban la actividad exterior, sina hasta las mismas fuentes del pensamiento, tenia que perderse infecundamente aquél principio de elevación ética de la personalidad humana que existia en el originario espíritu de la doctrina» (id., id. 26).

A concepção cristã da sociedade, que empapa toda a idade média, torna inalcançável a especulação filosófica, a perfeita noção de **pessoa humana** (no sentido de direção às coisas do mundo) e, em sua soma, de povo, como fundamento do poder político.

É já no início da idade moderna que os juristas do direito natural vêm acentuar as demarcações entre a teologia e o direito, abandonando as inspirações teológicas para abrir caminho à especulação filosófica que lançaria as bases da investigação científica, e, simultaneamente, ético-políticas, subordinadas ambas ao critério da razão.

DESCARTES traz o problema da especulação filosófica à consciência individual e ao subjetivismo do sujeito cognoscente — elevando a consciência individual a princípio supremo do conhecimento do mundo. E o que valia no terreno da especulação filosófica, serviria igualmente à teorização político-jurídica, como princípio de justificação do poder, de que iria servir-se a burguesia, já então constituída em classe poderosa, na defesa dos seus interesses e do que iria consolidar-se em seu direito.

A idéia política, ou a idéia de direito, é sempre produto historicamente condicionado, floração das condições de vida de determinada época, superestrutura, diria Marx. Para que, exista, como força de ação e de realização, é preciso que o momento vital histórico-social lhe forneça os elementos, no quadro da convivência humana cujas aspirações ela traduz, que lhe condicionem a viabilidade, funcionalidade e sobrevivência. Assim, expõe DEL VECCHIO — «ese principio se inspiraba, no sólo en los generales motivos teóricos de que nos hemos ocupado, sino también en el cambio de condiciones de la vida política: porque es ley general que las mismas exigencias de la razón, que en los sistemas se afirman como deducciones especulativas, en la realidad se presentan como efecto de fuerzas históricas» (obr. cit., fls. 34).

Com a escola de direito natural, vem a traduzir-se em termos jurídicos aquêle princípio racionalista que inspirará todo o pensamento moderno: «la substancialidad psicológica del yo, corresponde a la substancia jurídica del individuo. Lo que es A PRIORI en la orden del conocimiento, también es el A PRIORI en el orden ético — jurídica».

Havia surgido um novo sentido do universo, como sistema global de pensamento, cujas raízes ficavam no mundo e no homem que, como diz LASKI («El liberalismo europeo», Fondo de Cultura Económica) «esta preparado, por así decirlo, a disputar a Dios el derecho de supremacia sobre su destino».

c) Precedida e inspirada pelas constituições americanas, especialmente do Estado de Virgínia (1776), dos Estados Unidos (1887), calcadas no pensamento de MONTESQUIEU, LOCKE e ROUSSEAU, e plasmadas no mo-

dêlo do direito público inglês, por circunstâncias históricas e geográficas já perfeitamente desenvolvido com mais de meio século, digo, com mais de século de anterioridade, a Constituição de 1791, precedida da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é o coroamento de longa evolução e acrisolamento da idéia liberal e do estado liberal-burguês.

Como os estatutos constitucionais que a inspiraram e sucederam, acompanhando as suas linhas essenciais, em toda a Europa e no resto do mundo, surge a Constituição Francesa como um sistema de garantias individuais, conformando a concepção do Estado à proteção dos interesses individuais e da propriedade privada. Há interesses de classe, da classe burguesa, querem as doutrinas socialistas, elevados a valores absolutos, fundamentais, inerentes à condição humana e à pessoa humana. LASKI, (obr. cit., fls. 159) graciosamente, resume: «LOCKE quiere significar por libertad que los hombres no están obligados sin su propio consentimiento. Su estado no es más que un contrato entre un grupo de negociantes que forman una compañía de responsabilidad limitada cuya ley constitutiva prohíbe a los consejeros todas aquellas prácticas de las que, hasta su época, los estuardos habian sido culpables».

As declarações de direito de 1789 e 1793 dão a essência do pensamento que se denominaria constitucional. Juntamente com os textos constitucionais — parte orgânica da constituição, afeiçoada às declarações que constituem a parte dogmática — enunciam, com clareza, o que será entendido, classicamente, como conteúdo das constituições.

Em traços simplificados, tem-se como matéria da constituição os princípios seguintes:

- 1) — Sistema de garantias individuais — direitos e garantias individuais, ou, como quer SCHMITT, «sistema de garantias da liberdade burguesa», protegendo a liberdade e a propriedade em todas as suas manifestações, que constituem outras tantas limitações à ação do poder público.
- 2) — Estabelecimento do princípio da divisão dos poderes, sua independência, discriminação de suas respectivas competências.
- 3) — Reconhecimento do princípio da soberania popular, com a participação do povo no poder, pelo sufrágio, e do sistema representativo e parlamentar.

Princípios que se suplementam, nas constituições liberais, com os corolários do parlamentarismo, federações, controle jurisdicional das leis nas mais variadas combinações, condicionando-se aos aspectos singulares do estágio histórico e características políticas e sociais de cada povo.

A ordem jurídica deriva — falamos sempre em termos simplificados — de uma peça fundamental (adjetivo que adere à palavra constituição) por representar a expressão da elevada vontade da comunidade nacional — «decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política», por sua origem democrática e tem por objetivo, como conteúdo, a enunciação de regras que assegurem o pleno desenvolvimento das aptidões, virtualidades e liberdades individuais, à custa da correspondente limitação e organização do poder estatal.

No escalonamento da hierarquia jurídica, é a unidade do povo como vontade — Poder constituinte, que exprime sua normação jurídica básica, essencial, fundamental — Constituição, determinando a forma de vida política da comunidade, as atribuições do poder — os poderes constituídos, e sua divisão orgânica, em função dos superiores interesses do indivíduo e do cidadão. O poder se despersonaliza, pela subordinação à origem soberana, e pelo seu condicionamento à função, ditada pela lei.

O estatuto constitucional projeta, assim, o tipo jurídico do estado de direito, o tipo económico do estado liberal, o tipo histórico do estado nacional, e essas concepções, reunidas, dão o modelo típico da constituição. As exigências burguesas, classistas, dominantes, traduzidas nos postulados do liberalismo clássico e na projeção do direito de propriedade como dado universal, coloream vivamente a norma constitucional.

A forma de governo liberal-democrática e o ideal político da Revolução Francesa integram-se como conteúdo das constituições, valorizadas como fundo imutável e sagrado de toda a organização política.

Dentro dessa estrutura firmam-se as linhas do Estado de Direito, como suprema forma de realização da ideia da liberdade, sacralizada pelos cultores da ciência jurídica. As formas inadaptadas ao padrão ideal não serão — direito constitucional — mas perversões, distorções, acidentes históricos, passíveis de retificações inevitáveis.

Em MIRKINE GUETZVITCH encontra-se, formulada com precisão, a aceção clássica da constituição, do direito constitucional, no processo por ele designado como racionalização do poder:

«Assiste-se ao processo de racionalização do Poder, à tendência a submeter ao direito todo o conjunto da vida coletiva. Vê-se não somente a democracia de fato, mas também a democracia de direito, que se traduz na racionalização jurídica da vontade geral, a vontade do povo se justificando não só porque seja a vontade da maioria, mas também porque ela se insere em formas que garantem a expressão mais racional e mais justa desta vontade, aproximando o Estado livre da verdadeira antropocracia» (Nouvelles tendances du Droit Constitutionnel, fls. 10) e, continuando:

«O direito constitucional está ligado ao ideal democrático não porque sejam democratas os teóricos do direito, mas porque a democracia, expressa em linguagem jurídica, é o Estado de Direito, a racionalização jurídica da vida, porque o pensamento jurídico leva à democracia como única forma do direito do Estado. Não há, fora da democracia, forma de Estado que realize a supremacia do direito. E assim, o direito constitucional é o conjunto das formas jurídicas da democracia, o Estado de Direito».

No mesmo sentido a definição de FRIEDRICH, que entende a constituição, em seu sentido político, como o «estabelecimento e manutenção de restrições efetivas ao poder político, e, de modo mais especial, à ação governamental», classificando os governos em ordem ao grau de restrições efetivas impostas ao poder, a saber:

Carência absoluta de restrições	Algumas restrições (Governos reais)		Restrição completa
	Governo inconstitucional	Governo constitucional	

Para uma descrição em linhas gerais, seriam inconstitucionais os governos que se aproximam do primeiro polo, de carência absoluta; constitucionais os que se aproximam do polo de restrição completa.

A constituição se reduz, para FRIEDRICH, como processo político, «invariavelmente, na técnica de estabelecer restrições ao poder», à diferença de conceito jurídico, que seria, conforme COKE: «a constituição encarna as concepções jurídicas básicas da comunidade, sua concepção geral da vida ou Weltanschauung, na medida em que esta pode ser plasmada em normas jurídicas gerais» («Teoría y realidad de la organización constitucional democrática», CARL J. FRIEDRICH, fls. 124 ss).

O direito constitucional é identificado, pelos autores a que vimos recorrendo, com o modelo histórico liberal-democrático: É o sistema de pensamento político-jurídico da Revolução Francesa, definido no artigo 16 da Declaração de Direitos de 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution».

Por esse critério é evidente que a maior parte das constituições nascidas após a segunda guerra mundial não teriam guarida no estudo do direito constitucional. A consequência dessa compreensão estancou do direito, e da intransigência no aceitar a possibilidade de novas formulações do problema jurídico é bem realçada por BURDEAU, ao notar: «Outre qu'elle (a atitude negativista frente aos novos tipos de direito constitucional) tendait à limiter arbitrairement le domaine du droit constitutionnel, cette conception affectait la notion de constitution d'une contingence qui la rendait impropre au commerce scientifique. La disparition presque totale du «constitutionalisme» comme formule de gouvernement a fait apparaître son inexactitude, en même temps que ressortait la nécessité de dégager la définition de constitution d'une analyse rationnelle de ses éléments et non des particularités de telle ou telles formes gouvernementales» (Obr. cit., vol. cit., fls. 19).

d) Enquanto predomina, na sociedade, a concordância sobre os fundamentos ideais e os fins do Estado, é possível a permanência e sobrevivência do estado liberal e constitucional — não colocado em tela o problema final da legitimidade ideológica do sistema positivo constituído. Há, então, uma «área de acôrdo» substancial, à margem da qual se desenvolvem as divergências partidárias, secundárias, e a luta pelo poder não se desenrola em termos da sobrevivência ou extinção da ordem jurídica dominante.

Mas há de chegar o momento em que «no parece posible un compromiso entre un capitalismo que intenta mantener, como piedra clave del arco, el móvil del beneficio privado, y no quiere permitir que las fuentes esenciales del poder economico salgan de la propiedad privada, y un socialismo que niega la validez de todas las premisas de aquél» (H. J. LASKI, «La democracia en crisis», Ed. Rev. Der. Priv., fls. 29).

O espírito democrático, inscrito nas constituições como conquista permanente do espírito humano, prosseguiria em seu desenvolvimento lógico, e sua força de expansão o conduziria rapidamente à consciência da maioria, com a derivação fatal ao socialismo, encorpando o componente da igualdade, em detrimento da liberdade, e destruindo, célere, a frágil e ilusória ponte da fraternidade, que platonicamente os unia.

Relata FRIEDRICH que «un cierto senador del sur de los Estados Unidos replicó a quienes le decían que determinada medida por él defendida era inconstitucional, diciendo: «Cuando la Constitución resulta contraria a la virtud de las mujeres blancas de Carolina del Sur, digo: Que se vaya al diablo la Constitución!». E, se a virtude das mulheres brancas de Carolina do Sul é capaz de provocar a abjuração da fé constitucionalista de um senador americano, mais de um século de pensamento marxista, tangendo cordas mais sensíveis da humanidade proletária, deveria, forçosamente, introduzir alterações mais profundas nas teorias clássicas do constitucionalismo.

«En cuanto proceso político — continua o mesmo FRIEDRICH —, puede decirse que la constitución es analoga a los reglamentos de un deporte que aseguran el juego limpio» (obr. cit., fls. 123). É, pois, compreensível que

os pensadores e teóricos do Estado de Direito não possam receber com seriedade as novas concepções que procuram introduzir no jogo regras absolutamente estranhas àquelas universalmente aceitas e reconhecidas como válidas, inda mais contra a vontade do time adversário, e, às vezes, do mesmo dono da bola.

Tal é o problema presente. Negada, por sistema, a validade dos postulados do estado liberal-democrático, em toda a gama de suas combinações de forma e organização do poder, haverá lugar para o estudo das novas criações que procuram substituí-lo, doutrinariamente, como sistema de direito público constitucional?

Negam-no os juristas ortodoxos. MIRKINE, GUETZVICH, por exemplo, referindo-se às democracias populares, pronuncia-se: «Na verdade, revelaram-se simples ditaduras comunistas, que não favoreceram a criação de nenhum regime novo. Percebe-se, ao estudá-las, o divórcio orgânico que separa o regime democrático, apresentado nos textos e a realidade puramente soviética, da prática. A antinomia entre a vida e as regras não se traduz somente na violação dos textos. A antinomia de antigamente, antinomia clássica que existia entre os textos liberais e os costumes absolutistas sob o pseudo-constitucionalismo alemão do começo do século, esse constitucionalismo ilusório de que falamos mais atrás, era coisa completamente diversa da antinomia constitucional das democracias populares». «As constituições das democracias populares asseguram as liberdades individuais, o pluralismo político, mas uma lei ou um simples decreto suprime para sempre todas as promessas constitucionais» — e conclui, em seguida a uma análise comparativa de textos constitucionais de diversas democracias populares. «Tais declarações oferecem a vantagem de esclarecer sob sua verdadeira luz os regimes atuais da Europa Oriental. Uma vez que a democracia popular realiza de modo original a ditadura do proletariado», a questão da estrutura constitucional resolve-se por si só. Nenhuma realidade política nova pode nascer desses textos. Seria vão discutir sobre a natureza «sui generis» de um regime cujos responsáveis afirmam tão formalmente o caráter de ditadura do proletariado» («Evolução constitucional europeia», 1957).

Invasão e subversão à «área de acôrdo», em que se desenvolve o jogo das instituições do constitucionalismo clássico, com as suas figuras características e nítidas, incorporadas em uma estruturação harmoniosa de funcionamento, surge o problema de adequar a teoria constitucional ao fato oferecido pela realidade da história contemporânea.

Não se ajustam, é bem de ver, à medida padrão, os novos figurinos de constituições socialistas e comunistas, ou comunizantes, desde a da Rússia, de 1918 e 1936; até as da Checoslováquia, Hungria, Albânia, Polónia, Iugoslávia, Bulgária e China Comunista.

Ainda quando constem, nas constituições comunistas, as Declarações de Direito que constituíam a matéria fundamental das constituições liberais, a efetividade dessas normas é quase nula, puramente nominal. O direito, como sistema, é negado, considerado mera superestrutura de relações econômicas e o Estado aparece como um fato de poder, a serviço da classe operária. Em consequência da lógica do sistema, o princípio da divisão de poderes se elimina, como incompatível com a unidade da classe, do partido, do governo. «La Constitution soviétique ne fait aucune distinction entre les fonctions législatives et les fonctions exécutives, et se contente de conférer à divers organes et dans une certaine mesure les dimensions différentes du pouvoir exécutif et législatif» (GURVITCH, «Les principes de la Constitution soviétique», fls. 15 ss.).

A Assembleia Popular — o tipo constitucional é, como o liberal, mais ou menos invariável — é o poder soberano, constituinte, legislativo, executivo por delegação ao Comité Permanente ou Presidium, jurisdicional. A Constituição Chinesa, no artigo 27, anuncia, por exemplo: «La Asamblea Popular Nacional ejerce las siguientes funciones:

- 1) — introduce enmiendas en la Constitución
- 2) — legisla
- 3) — superintende la aplicación de la Constitución
- 4) — elige al Presidente y al Vice-presidente de la Republica Popular China
- 5) — a propuesta del Presidente de La Republica Popular China decide sobre el nombramiento del Primer Ministro del Consejo de Estado; a propuesta del Primer Ministro del Consejo de Estado, decide sobre el nombramiento del los miembros del Consejo de Estado;
- 12) — decide sobre las amnistias generales
- 13) — decide sobre las cuestiones de guerra y la paz
- 14) — ejerce aquellas otras funciones que la Asamblea Popular Nacional considere necesario asumir.

Dentro de idênticos princípios se norteiam as cartas constitucionais das mais repúblicas chamadas populares. A ideia-chave — ou a norma hipotética — é a ditadura do proletariado, representada pelas forças de vanguarda da revolução, que constituem o partido único, do proletariado. O partido é o povo e a Assembleia, e sua vontade variante, reinterpretando a cada momento a conjuntura histórica, à luz da dialética marxista, é o direito político, todo o direito. Todo o aparato formalístico, que aureolava o direito projetado como eterno do constitucionalismo, cede lugar ao sumário do processo político, do direito revolucionário, infixo, em formação, ainda na tortuosa busca do leito certo, da forma da sociedade sem classes — e sem direito — da pregação socialista de MARX.

e) A existência dessa nova concepção jurídica — ou anti-jurídica, como querem os clássicos —, que domina hoje, geograficamente, talvez mais de dois terços do universo, e todos os elementos filosóficos que a geraram, ao lado das profundas transformações sofridas e em curso na história contemporânea, no lapso breve de menos de um século, não permitem a identificação de matéria, ou conteúdo, da constituição, com a defesa daquelas liberdades essenciais ou fundamentais que as Declarações de Direito postularam — e ainda postulam — e o condicionamento do poder político à sua preservação e sobrevivência.

Não entra no plano desse trabalho a discussão de tese política e não nos cumpre, nesta rápida disquisição, a tentativa de fundamentar esses ou aquele princípio ideológico, ou a discussão da vantagem, ou da inconveniência de regimes políticos diversos.

Temos apenas procurado demonstrar que, do ponto de vista material, a constituição não se pode ligar, conceitualmente, a uma determinada formação positiva, por mais generalizada que tenha sido, ou seja, em dado momento da história, salvo o risco de nos limitarmos ao estudo das constituições ou

dos fenômenos políticos e jurídicos a que estejamos ideologicamente afeiçoados.

Importa procurar encontrar elementos presentes em todos os estatutos constitucionais, como seu conteúdo. Nesse ponto de vista — material — VURDEAU define a constituição como «l'ensemble des dispositions coutumières ou écrites qui prévoient l'organisation et le fonctionnement des organes de l'Etat» e, portanto, «sont ainsi constitutionnelles au fond toutes les règles qui déterminent la nature de l'Etat, unitaire ou fédératif, la forme du gouvernement, les attributions, le fonctionnement, les rapports des grandes pouvoirs publics».

Efetivamente, a constituição vem a ser a definição do poder, na forma em que é ele compreendido e concebido e, em última instância, uma série de disposições sobre sua organização e funcionamento.

Mas, por isso, mesmo, a determinação de seu funcionamento material continua a pecar da mesma insuficiência do conceito puramente formal da constituição. Um, como outro, são sentidos secundários, determinados, que não exauram a essência da constituição, como instituição.

Aquela deve ser procurada no fim a que se propõe o estatuto constitucional, a serviço da vontade, anterior e precedente a ele, do poder que o gera, e que a seu turno canaliza, formalizado, a serviço do direito. Como instrumento humano, a constituição é um produto da vontade humana, da vontade política, — «décision de conjunto sobre modo y forma de unidad política» como a define CARL SCHMITT e surge mediante ato do poder constituinte. «Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, través del titular del poder constituyente, **adopta por si mismo y se da a si mismo**» (grifo do autor) e dessa maneira «la unidad de la Constitución, sin embargo, no reside en ella mismo, sino en la unidad política, cuja particular forma de existência se fija mediante el acto constituyente» (CARL SCHMITT, obr. cit., 23).

A constituição é, assim, expressão de uma magnitude superior a ela, e «vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente».

A vontade, entretanto, geratriz das constituições, há de ter uma nota peculiar característica, própria, que possa destacá-la como legítima a formular sua expressão na constituição. A simples manifestação do poder da vontade do poder político ou pessoal —, momentaneamente dominante, não basta para plantar as raízes, mais profundas, da constituição que, assim concebida, terá a efemeridade do poder que a gerar.

Como toda a regra de direito, a constituição exprime, ao lado do poder, que a executa e lhe dá eficácia, o fato da idéia de direito existente e dominante na consciência da comunidade cujos fins jurídicos fundamentais — a idéia de fundamentalidade não cabe aqui, discutir — procura cumprir — «politiquement, les constitutions ne peuvent pas être isolées du mouvement d'idées ou de l'effervescence sociale dont elles sont l'absolutissement».

É a idéia de direito, idéia de justiça, ou idéia de retribuição, da coletividade, que a constituição busca exprimir, contingenciada sempre pela imperfeição da expressão, pela mutabilidade das situações vitais em fluidez, procurando novas fórmulas ou readaptando antigas instituições, mas permanentemente subordinada ao fim da realização do equilíbrio do direito, da subordinação do poder ao serviço, da justificação do poder como meio a serviço de um princípio ético superior a ele.

«Seule la conception d'un Pouvoir directement lié à l'idée de droit, sans aucun intermédiaire humain, peut fonder, sur un plan abstrait, supérieur à

celui où jouent les institutions, un ordonnancement juridique obligatoire pour tous, gouvernants et gouvernés, et d'où toute autorité tirent à la fois sa légitimité et sa compétence» (BURDEAU, obr. cit., vol. III, fls. 40).

O poder, medula da constituição, adquire, com ela, um sentido que o legitima: «Avant d'elle (constituição) ce pouvait être un Pouvoir de fait, résultat des circonstances historiques, produit d'un équilibre fragile entre ces divers forces politiques; le Pouvoir qu'elle introduit dans l'Etat est, au contraire, un Pouvoir de droit. Il en est ainsi précisément parce que le Pouvoir est détaché des individus dont il était l'attribut; puissance desincarnée, il procède, sans intermédiaire compromettant, de l'idée de droit elle-même (id., id., fls. 46).

A definição da constituição, dada pelo autor cuja exposição de preferência vimos seguindo, reúne pois os componentes essenciais da instituição: «LA CONSTITUTION EST LA REGLE PAR LAQUELLE LE SOUVERAIN LEGITIME LE POUVOIR EN ADHERENT A L'IDEE DE DROIT QU'IL REPRESENT ET DETERMINE EN CONSEQUENCE LES CONDITIONS DE SON EXERCISE».

Belo Horizonte, 30 de junho de 1957.